

EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008¹

Rita Giráldez Méndez
Universidade de Santiago de Compostela

Resumen

El artículo 36.3 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, declara la responsabilidad en orden a las prestaciones de los empresarios que tengan a su servicio trabajadores extranjeros en situación irregular, sin que la carencia de la autorización administrativa para trabajar de éstos pueda impedir su acceso a las prestaciones de seguridad social que pudieran corresponderles. De acuerdo con este precepto, un buen número de Tribunales Superiores de Justicia reconocieron el derecho a la percepción de la prestación por desempleo de trabajadores inmigrantes en situación irregular y sin autorización administrativa para trabajar. La sentencia del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, de 18 de marzo de 2008, interpreta restrictivamente dicho artículo 36.3 de la Ley de Extranjería, negando el derecho de los inmigrantes en situación irregular a percibir prestaciones por desempleo.

Palabras clave: Inmigrantes en situación irregular, responsabilidad en orden a las prestaciones, beneficiarios de la prestación por desempleo, autorización administrativa para trabajar, régimen sancionador de la Ley de extranjería.

Abstract

Article 36.3 of Organic Law 14/2003 of 20 November, on the rights and freedoms of foreign nationals in Spain and their social integration, lays down the employers' responsibility to provide benefits to irregular foreign workers employed by them, and states that if those workers do not hold valid work permits, this fact shall not hinder their access to any social security benefits they may be entitled to. Indeed, under this provision, many Superior Courts of Justice recognised the irregular immigrant worker's right to unemployment benefits without a valid work permit. However in the appeal

Recibido: 27/11/09. *Aceptado:* 18/12/09

¹ Ar. 2008/2065.

for unification of the doctrine, the Supreme Court ruling of 18 March 2008 interpreted this Article of the Spanish Immigration Act unfavourably; a decision that overturned the irregular immigrant worker's right to unemployment benefits.

Keywords: Irregular Immigrants, responsibility to Provide Benefits, beneficiaries of Unemployment Benefits, work Permit, sanctioning Regime of the Spanish Immigration Act.

I. Introducción

La Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, realizó una profunda reforma en materia de extranjería, ampliando los derechos de las personas inmigrantes, especialmente en materia de trabajo y de seguridad social. El artículo 36.3 de aquella declara la responsabilidad de los empresarios ante la falta de solicitud de la correspondiente autorización administrativa de trabajo, sin que esta carencia pueda perjudicar a los trabajadores extranjeros, en orden a las prestaciones que se puedan derivar del contrato de trabajo y sin establecer diferencias en cuanto a la naturaleza profesional o común del hecho causante.

Con la nueva redacción de la Ley, el contrato de trabajo concertado con un trabajador sin las autorizaciones correspondientes ya no es nulo y, en consecuencia, desplegará todos los efectos que le son propios. Muchos Tribunales Superiores de Justicia aplicaron la reforma en este sentido², si bien algunos insistieron en una interpretación restrictiva del artículo 36.3 LOEx³.

Las discrepancias existentes en esta materia entre los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes Comunidades Autónomas fueron resueltas por el Tribunal Supremo, a través de un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia del TSJ Madrid de 16 de enero de 2007, resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008⁴ que se comenta a continuación. En ésta se niega el derecho a la prestación por desempleo de los extranjeros en situación irregular.

² SSTSJ País Vasco de 11 marzo 2008 (AS 1571) y Castilla y León de 14 marzo 2006 (AS 1468).

³ SSTSJ Cataluña de 8 julio 2008 (AS 2334) y Madrid de 16 enero 2007 (JUR 159275).

⁴ Idéntico recurso de casación para la unificación de doctrina contra la STSJ Madrid de 18 julio 2007 (JUR 316977) es resuelto, en el mismo sentido que la sentencia comentada, por STS de 12 noviembre 2008 (Ar. 5970).

La reacción de la doctrina científica frente a la citada sentencia del TS no se hizo esperar⁵. Son especialmente destacables las aportaciones de los profesores CABEZA PEREIRO y TRIGUERO MARTÍNEZ, los cuales, además de los certeros argumentos jurídicos con que rebaten la argumentación del TS en la sentencia estudiada, hacen referencia a la trágica situación en la que se encuentran los inmigrantes irregulares, agravada por los abusos cometidos por empresarios sin escrúpulos, inadmisibles en nuestro ordenamiento jurídico.

El Derecho regula la realidad social, por lo que no es posible entrar en el estudio de las disposiciones en materia de extranjería sin tener en cuenta que la interpretación que se haga de las mismas afectará directamente a la vida de personas trabajadoras⁶. Con un somero repaso a las sentencias en esta materia, se puede ver con facilidad la procedencia⁷ de las personas que han mantenido una relación laboral sin que el empresario que las “contrató” hubiese solicitado el permiso de trabajo que habría regularizado su situación y, consecuentemente, protegido de manera inmediata frente a eventuales contingencias. Se puede afirmar que la práctica totalidad de los casos conocidos por los Tribunales en los que el empresario no cumplió con las obligaciones de aseguramiento y cotización, así como la de no solicitar la correspondiente autorización administrativa, se refieren a trabajadores y trabajadoras de países pobres y para puestos de trabajo de escasa cualificación y bajos salarios.

⁵ Así, por ejemplo, CHARRO BAENA, P. : “Derecho a la prestación por desempleo del trabajador que carece de autorización de trabajo. Comentario a la STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de octubre de 2008”, Aranzadi (Pamplona, 2009); CARRASCOSA BERMEJO, D: “El extranjero en situación irregular y su derecho al subsidio por desempleo por cargas familiares. Sentencia comentada: STSJ del País Vasco de 11 de marzo de 2008”, Aranzadi Social, núm 12/2008; CABEZA PEREIRO, J : “Protección social de las personas extranjeras en España”, en AAVV: *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Bomarzo (Albacete, 2008); TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares; las SSTs de 18 de marzo y de 12 de noviembre y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 1/2000, de 19 de diciembre de 2006”, Aranzadi Social (Pamplona, 2008).

⁶ El artículo 3 del Código Civil impone interpretar las normas jurídicas teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. En este sentido, STSJ Castilla y León de 14 marzo 2006, cit.

⁷ Sin ánimo de exhaustividad, en la STSJ Comunidad Valenciana de 17 octubre 2008 (AS 2009/166) el actor era rumano y su empleo de conductor; también era rumano el recurrente en la STSJ Castilla y León de 14 marzo 2006, cit., con categoría profesional de peón, y el recurrente en la STS de 7 octubre 2003 (Ar. 6497) era albañil y colombiano.

En este sentido, la legislación en materia de extranjería en España⁸ genera un “efecto dispar”⁹ en función de la clase social a la que pertenecen las personas incluidas en el campo de aplicación de la misma. Para evitar el abuso de la situación de necesidad en que se encuentran los trabajadores de las clases más desfavorecidas, el artículo 36.3 LOEx ha establecido la validez del contrato de trabajo y de los efectos que de él se deriven, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el empresario. Un criterio humanitario en la aplicación de la legislación debe llevar a una ampliación de los derechos de los inmigrantes y a un endurecimiento de las sanciones impuestas a los empresarios incumplidores.

II. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008

1. Antecedentes

La sentencia comentada resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la sentencia de 16 de enero de 2007, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ya citada, que negó el derecho de un inmigrante irregular a ser beneficiario de la prestación por desempleo. La parte recurrente invoca, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2005¹⁰, que reconoció aquel derecho en un supuesto análogo.

En la sentencia recurrida ante el TSJ de Madrid¹¹, se declaró probado que el actor prestó servicios para la empresa “Lápiz y Papel Servicios del Espectáculo, S.L.”, desde el 4 de enero de 2003 hasta el día 7 de septiembre de 2004, fecha en la que el trabajador fue despedido.

⁸ Cabe destacar la especial consideración de determinadas profesiones que realiza el artículo 68 del RD 2393/2004, de 11 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

⁹ La teoría del “efecto dispar” ha sido establecida de una manera amplia por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Griggs (1971) y ha sido consolidada en la legislación europea, sobre todo, respecto a cuestiones en materia de discriminación indirecta por razón de sexo. Un profundo estudio de esta teoría se encuentra en YOUNG, I.M. : “La justicia y la política de la diferencia”, Cátedra (Madrid, 2000), págs. 330 y ss.

¹⁰ AS 2005/3387.

¹¹ Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid (número 14) de 13 febrero 2006.

El Juzgado de lo Social núm. 9 de Madrid, en sentencia de 26 de noviembre de 2004, declaró el despido improcedente, condenando a la empresa demandada a la correspondiente indemnización y al abono de los salarios de tramitación.

Posteriormente, el actor solicitó, ante el Servicio Público de Empleo Estatal y el Servicio Regional de Empleo, resolución expresa sobre el derecho a la prestación por desempleo y el reconocimiento del derecho de inscripción como demandante de empleo. Ninguna de las dos entidades respondió. Ante el silencio de la Administración, el actor presentó la demanda que dio lugar a la sentencia de 13 de febrero de 2006, del Juzgado de lo Social de Madrid núm. 14, el cual desestimó la pretensión del demandante relativa al derecho a la percepción de la prestación por desempleo, iniciando el camino procesal que concluye con la STS de 18 de marzo de 2008. Ésta unifica la discrepante doctrina judicial en lo relativo al derecho de los trabajadores en situación irregular a aquella prestación. Dicha sentencia niega este derecho.

2. Argumentos jurídicos

A) Inaplicación al caso de autos de ciertos fundamentos jurídicos citados en el recurso

El Alto Tribunal comienza descartando la posibilidad de aplicación a la cuestión planteada de una serie de normas que se citan a lo largo del recurso, a saber: a) el Convenio núm. 19 de la O.I.T. se refiere a la igualdad de trato en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo y no a otro tipo de contingencias, por lo que no es posible que sirva como argumento para fundamentar un eventual derecho a la percepción de prestaciones por desempleo de inmigrantes irregulares. b) El Convenio núm. 97 de la misma organización, relativo a los trabajadores migrantes, reserva el principio de igualdad de trato a las personas que se encuentren legalmente en el país receptor. Dado que en el caso de autos, el actor se halla en situación irregular, éste no puede invocar la aplicación de tal norma internacional, ya que la misma no ampara la situación en la que aquél se encuentra. c) La Recomendación 151 *ibidem*, por su propia naturaleza, no es vinculante. d) El artículo 42 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores

en la Seguridad Social, exige la posesión de autorización para trabajar como requisito para la afiliación al sistema y alta en el régimen correspondiente y e) el Real Decreto 864/2001, de 11 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (aplicable al caso por razones temporales¹²), y su modificación posterior por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, no hacen mención a la posibilidad de acceso a las prestaciones por desempleo de las personas que se encuentren en situación irregular en España y, por ello, no pueden servir de base a la pretensión del recurrente.

De otro lado, el TS también descarta la aplicación de una serie de sentencias que se invocan en el recurso y que, según el Alto Tribunal, no resuelven sobre el derecho a la prestación por desempleo de los inmigrantes irregulares, por lo que no son aplicables al caso de autos.

B) Análisis del artículo 36.3 LOEx y requisitos de los beneficiarios de la prestación por desempleo

El Tribunal Supremo se detiene en analizar, especialmente, el artículo 36.3 LOEx, precepto que constituye el fundamento central del recurso. En su argumentación reconoce “una clara voluntad del legislador de ir ampliando la protección de los derechos laborales de los extranjeros”. Actualmente, no se condiciona la validez del contrato de trabajo a la obtención del correspondiente visado y a la expedición del permiso de trabajo, ya que, según el tenor del precepto citado, “para la contratación de un extranjero el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado uno de este artículo. La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquéllas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle”. Con todo, el Alto Tribunal entiende que, entre éstas, no se encuentra la del desempleo, y ello porque:

a) El artículo 14 LOEx diferencia la situación de los inmigrantes con residencia legal de los que no cuentan con la autorización administrativa co-

¹² Debe aclararse que este Reglamento es de aplicación en el proceso por despido, no así en el de reclamación de la prestación por desempleo que da lugar a la sentencia comentada.

rrespondiente, en orden a los derechos que puedan corresponder a unos y otros como beneficiarios de los servicios y prestaciones de seguridad social.

b) El artículo 53.b) LOEx califica como falta grave el trabajo por cuenta ajena de la persona que no cuente con autorización administrativa previa para trabajar, siempre que se encuentre en situación irregular.

c) Una interpretación teleológica de la LOEx debe llevar a la conclusión de que ésta no pretende otorgar los mismos derechos a los extranjeros con autorización de residencia que a los irregulares, ya que está orientada a estimular la inmigración legal.

d) La expresión “las prestaciones que debieran corresponderle” (artículo 36.3 LOEx) alude a las señaladas en el artículo 14.3 LOEx (servicios y prestaciones sociales básicas) y las derivadas de contingencias profesionales¹³.

La argumentación jurídica última del Tribunal Supremo se refiere a los requisitos que deben cumplir las personas beneficiarias de las prestaciones por desempleo. A saber: 1) el artículo 203.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de Seguridad Social, sólo otorga el derecho a la prestación por desempleo a quienes “pudiendo y queriendo trabajar” pierden el empleo. Los extranjeros irregulares no “pueden” trabajar al carecer de la correspondiente autorización administrativa. 2) El artículo 209.1 LGSS establece que sólo pueden solicitar la referida prestación las personas que cumplan con los requisitos del artículo 207 de la misma, y el inmigrante “sin papeles” no los cumple. Además, para la solicitud de la prestación es necesario el requisito previo de la inscripción como demandante de empleo, que el inmigrante en situación irregular no podrá formalizar por su carencia de autorización para residir y trabajar y 3) el artículo 207.c) LGSS exige, para tener derecho a la prestación por desempleo, acreditar disponibilidad para buscar activamente empleo y para aceptar una colocación adecuada, por lo que, en base al argumento de carencia de autorización para trabajar, tampoco éste sería un compromiso que el inmigrante podría suscribir.

¹³ Sólo en el caso de que el trabajador sin residencia legal ni, por tanto, autorización de trabajo, sea oriundo de Estados firmantes del Convenio núm.19 O.I.T. o de otros países con los que España haya suscrito convenios de seguridad social que reconozcan tal derecho, solución asumida por el artículo 42 RIA.

3. Argumentos ideológicos: el trasfondo político de la sentencia

Además de los fundamentos jurídicos señalados en el apartado anterior, en la sentencia comentada destacan dos argumentos por su fuerte carga ideológica¹⁴:

a) El TS interpreta el artículo 36.3 LOEx de forma restrictiva, dado que valora de una manera negativa el reconocimiento de los mismos derechos de seguridad social a los inmigrantes irregulares que a los residentes legales, “que es a la postre a lo que conduce la concesión del desempleo” a los primeros. Ello desincentivaría a los primeros a “acudir a los complejos trámites” de regularización y se favorecería, con ello, la inmigración ilegal. A mayor abundamiento, la concesión de la prestación que se debate en el caso de autos, implicaría “una regularización judicial encubierta y en espiral”, dado que el beneficiario de aquélla no podría ser expulsado del país [artículo 57.5.d) LOEx], pudiendo buscar otra ocupación sin contar con la autorización precisa para trabajar, y generar, así, otra prestación por desempleo.

b) El Alto Tribunal reconoce, en general, la posibilidad de existencia de responsabilidad del empresario por daños y perjuicios, puramente indemnizatoria y sin obligación alguna para las entidades gestoras. Ahora bien, en el caso de autos no sucede así, ya que la ausencia de los requisitos de acceso a la prestación por desempleo no puede ser imputable al empresario, salvo que éste forme parte de redes organizadas de tráfico ilícito de mano de obra a las que alude el artículo 59 LOEx.

En el primero de los argumentos señalados, el TS rechaza la concesión de la prestación por desempleo a los inmigrantes irregulares, no porque lo impida la ley, sino por la voluntad de evitar las consecuencias que la misma impone, esto es, la imposibilidad de expulsión de la persona beneficiaria de prestaciones de seguridad social. Ello implica, como es obvio, un posicionamiento contrario a la regularización de las personas inmigrantes a través de las diversas fórmulas legales establecidas al efecto. En el segundo, el TS interpreta de una manera muy laxa las responsabilidades empresariales en orden a las prestaciones. Además, resulta patente el doble sesgo utilizado por

¹⁴ Así lo entiende TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La construcción del nuevo paradigma ...”, cit., pág. 13. En este artículo, el autor califica estos dos argumentos de la STS de 18 marzo 2008 como “jurídico-políticos”.

el Alto Tribunal, ya que se manifiesta excesivamente permisivo con los incumplimientos del empresario en relación a la dureza con que valora la falta de permiso de residencia del trabajador¹⁵. En este sentido, cabe destacar que la sentencia omite la numerosa normativa —administrativa, penal y social— que sanciona la conducta del empleador consistente en utilizar los servicios de un inmigrante irregular, al que no da de alta en el régimen correspondiente de la seguridad social y por el que no cotiza.

III. Comentario crítico

Los argumentos jurídicos que ha utilizado el Tribunal Supremo para denegar el derecho a la prestación por desempleo de las personas en situación irregular han sido duramente criticados por un amplio sector doctrinal, que ha ido desmontando la fundamentación de la sentencia comentada.

1. Los fundamentos que no son tenidos en cuenta por el TS

a) El TS, en el fundamento de derecho segundo, señala que “ni los Convenios núm. 19 y 97 de la O.I.T. ni la Recomendación 151 de esta organización ofrecen solución al tema”. Pues bien, sin entrar a discutir la aplicación al caso de los citados Convenios, la Recomendación núm. 151 O.I.T. sí ofrece una solución favorable al derecho de los extranjeros irregulares a percibir, entre otras, la prestación por desempleo, ya que su apartado 8.3 señala que “los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberían disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como para sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios”. Si bien tal Recomendación, por su propia naturaleza, no es vinculante, sí debe funcionar como criterio interpretativo¹⁶, sobre todo cuando existe un manifiesto paralelismo en la redacción del apartado 8.3 de aquella y una norma interna como el artículo 36.3 LOEx.

b) El TS afirma que el artículo 42 RIA “no arroja ninguna luz” en el asunto que resuelve la sentencia analizada. Ello es coherente con su rango de

¹⁵ Esta cuestión se analizará más adelante.

¹⁶ CABEZA PEREIRO, J.: “Protección social ...”, cit., pág. 267: “bien vale interpretar nuestro ordenamiento jurídico de la forma más coherente con dicha Recomendación de la OIT. Y, sobre todo, de la forma más consistente con el tenor literal de sus preceptos”.

norma reglamentaria, sin que sus disposiciones puedan contradecir la Ley. Así, aquel precepto exige autorización de trabajo para que los extranjeros que realizan una actividad en España puedan estar incluidos en el sistema de seguridad social, “sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la Ley”. Ello implica la subordinación de este Reglamento, como no podría ser de otra manera, a lo establecido en normas de rango superior, por lo que aquel artículo no puede ser óbice para el acceso a las prestaciones de seguridad social que la Ley determine conceder a los y las extranjeras irregulares.

c) El Alto Tribunal señala que las sentencias citadas en el recurso no resuelven sobre el derecho a la prestación por desempleo de personas sin autorización de residencia y trabajo. Pero la fundamentación jurídica de aquéllas se contradice con la aportada en esta sentencia y, de hecho, han sido invocadas por sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que reconocieron el derecho a la prestación por desempleo¹⁷. Especialmente, la STS de 29 de marzo de 2003¹⁸, confirma la readmisión en el puesto de trabajo de una persona sin permiso de residencia ni autorización para trabajar, señalando que «el contrato de trabajo del extranjero autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo. Y, siendo ello así, no puede verse privado el trabajador de una protección que, en nuestro sistema de relaciones laborales, es inherente al contrato de trabajo».

d) El TS añade que ni el Reglamento de la Ley de extranjería del año 2001, aplicable por razones temporales, ni su modificación de 2004, contienen “disposición alguna relativa a la situación que contemplamos”. Sin embargo, de ambos se desprende que la solicitud de autorización de trabajo es una obligación impuesta al empresario, dato que es relevante en la argumentación de la sentencia analizada.

2. La interpretación del artículo 36.3 LOEx

Para determinar si este precepto permite el acceso a la prestación por desempleo a las personas que se encuentran en España en situación irregular es necesario saber cuáles son “las prestaciones que pudieran corresponderle” (artículo 36.3 LOEx *in fine*). Para ello, el TS utiliza como criterios interpreta-

¹⁷ Sólo a título de ejemplo, la STSJ Castilla y León de 21 noviembre 2005, cit.

¹⁸ Ar. 7446.

tivos de este precepto el artículo 10 LOEx y, sobre todo, el 14 de la misma. Éstos diferencian con claridad entre extranjeros residentes y los que no lo son en cuanto a su inclusión en el sistema de seguridad social, por lo que los derechos de unos y otros no son equiparables. Específicamente, el artículo 14 sólo reconoce a los inmigrantes irregulares “los servicios y prestaciones sociales básicas¹⁹”. Entre ellas no se encuentra la prestación por desempleo y, por tanto, el Alto Tribunal concluye que en el artículo 36.3 LOEx no se puede incluir aquélla.

Esta argumentación ha sido rebatida con consistentes fundamentos. Así, no hay razón para entender que las prestaciones a las que se refiere el artículo 36.3 LOEx tengan que ser las mismas que las de su artículo 14.3 para inmigrantes irregulares. Al contrario, de ser esta la opción del legislador, no sería necesario establecer dos preceptos diferenciados.

El ámbito subjetivo de aplicación del artículo 14.3 LOEx abarca a todos “los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa”, mientras que el del artículo 36.3 de la misma es el de los trabajadores inmigrantes sin la autorización administrativa necesaria, como se desprende del tenor literal de estos preceptos. Por lo tanto, las prestaciones a las que se refiere el primero no tienen carácter contributivo, mientras que el segundo establece que las prestaciones “que pudieran corresponder” al trabajador extranjero son las derivadas del contrato de trabajo y no otras, por lo que, necesariamente, se está refiriendo a prestaciones contributivas²⁰.

Por otro lado, siendo el contrato de trabajo válido en todo caso, como determina la Ley y reconoce la sentencia comentada, ha de gozar de todas las características y efectos consustanciales al mismo, como son la obligación de cotizar y, por ello, la generación de los consecuentes derechos de seguridad

¹⁹ Según se viene entendiendo doctrinal y jurisprudencialmente, la asistencia sanitaria de urgencia, incluida la maternidad, la asistencia social autonómica y local, los servicios sociales a los que se refiere el artículo 53 LGSS, a lo que se debe añadir, como señala la propia sentencia, los derechos establecidos en convenios bilaterales de seguridad social cuando el trabajador proceda del Estado pactante y los relativos a la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en función de lo establecido por el Convenio núm. 19 de la O.I.T. y el artículo 42 RIA. Así lo señalan BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., en “Curso de seguridad social”, Tomo I, Tirant lo Blanch (Valencia, 2008), págs. 95-96.

²⁰ Así lo entiende TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La construcción del nuevo paradigma...”, cit., pág. 8.

social. No se puede admitir en el Derecho español un contrato de trabajo sin estas características²¹ intrínsecas y legalmente impuestas. Si es válido, habrá de desplegar todos sus efectos. El artículo 36.3 LOEx es claro en su redacción: no sólo atribuye validez al contrato celebrado con un extranjero para el cual el empresario no solicitó la correspondiente autorización, sino que, además, tal hecho no puede perjudicar al trabajador en cuanto a los derechos derivados de aquél, incluyendo expresamente los de seguridad social, diferentes a los que le puedan corresponder en función del artículo 14 LOEx, que no son consecuencia de relación laboral alguna. El responsable del incumplimiento de la obligación de solicitud de la autorización administrativa para trabajar y de la ausencia de alta y cotización es el empresario. En este sentido, debe entenderse el artículo 42 RIA, que excepciona la necesidad de autorización de trabajo como requisito de acceso a las prestaciones de seguridad social que la ley determine; y, en este caso, serán todas las derivadas del contrato de trabajo, ya que así lo establece el artículo 36.3 LOEx.

Otra crítica a la interpretación del artículo 36.3 LOEx, realizada por el TS, en relación con los artículos 10 y 14 del mismo texto legal, se fundamenta en el principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la Constitución) sobre el que el TS no se pronuncia, pese a ser invocado por el recurrente. De esta manera, la doctrina²² ha apuntado el diferente rango de los citados preceptos. Concorre en el primero la naturaleza de “ley orgánica”, condición que no ostentan los segundos. No es correcto, por lo tanto, subordinar la interpretación del precepto de superior rango a los inferiores (disposición final cuarta de la LOEx).

3. La interpretación de las normas de seguridad social

El TS entiende que en los inmigrantes irregulares concurre la imposibilidad de poder trabajar²³ “porque no pueden obtener la pertinente autorización administrativa para ello”. En consecuencia, no pueden suscribir compromiso de actividad alguno, acreditar disponibilidad para trabajar o aceptar una colocación adecuada²⁴. Esta interpretación omite las posibilidades que contem-

²¹ SSTSJ Castilla y León de 21 noviembre 2005 y de 14 marzo 2006, *cits*.

²² CABEZA PEREIRO, J.: “Protección social...” *cit.*, pág. 272.

²³ Artículo 203.1 LGSS.

²⁴ Artículo 231 LGSS.

pla la normativa de extranjería, ya que en el actor concurren los requisitos necesarios para poder acceder a la residencia legal por algunas de las causas contempladas en el artículo 45 del Reglamento de la Ley de extranjería, las cuales llevan aparejada la autorización de trabajo (apartado séptimo del mismo precepto). En consecuencia, en aplicación de la Resolución de 11 de julio de 1996 de la Dirección General del Instituto Nacional de Empleo —que la propia sentencia considera aplicable al caso—, el actor tiene la posibilidad de acceder al mercado de trabajo, por lo que, según dicha norma, podrá inscribirse en la oficinas de empleo.

En cuanto al artículo 207 LGSS, el TS indica que en el recurrente no concurren los requisitos exigidos por tal precepto. La ausencia de los mismos debe entenderse en relación al principio de automaticidad de las prestaciones. El artículo 220 LGSS ha sido alegado por la parte recurrente y, también en este caso, el TS omite un pronunciamiento expreso. El Alto Tribunal establece que toda responsabilidad imputable al empresario por la imposibilidad de acceso a las prestaciones de seguridad social por falta de cotización²⁵ tiene una naturaleza puramente indemnizatoria. Ello se opone a la normativa de seguridad social en materia de responsabilidad en orden a las prestaciones. Los artículos 126, 127 y 220 LGSS determinan con claridad la responsabilidad empresarial por ausencia de afiliación, alta y cotización y el adelanto de la prestación por las entidades gestoras o colaboradoras con la consiguiente subrogación de estas últimas en los derechos y acciones de la persona beneficiaria frente al empresario incumplidor. Y, todo ello, sin que se establezca ninguna excepción para el caso de que el empresario incumpla sus obligaciones de seguridad social respecto a un trabajador extranjero para el que no ha solicitado la correspondiente autorización de trabajo. A mayor abundamiento, estas obligaciones son reforzadas por la literalidad del artículo 36.3 LOEx, al establecer la responsabilidad del empresario por la ausencia de permiso de trabajo del trabajador y el derecho del mismo a acceder a las prestaciones derivadas de la relación laboral²⁶.

²⁵ Más adelante se analizará la negativa a considerar la responsabilidad empresarial por esta ausencia de cotizaciones.

²⁶ Así lo entiende, entre otras, STJ País Vasco de 11 marzo 2008, cit.

4. La interpretación teleológica de la LOEx

La sentencia comentada realiza una interpretación finalista de la LOEx, en base a la exposición de motivos de ésta, en relación con la conclusión 18 del Consejo Europeo de Tampere. De ello extrae que la normativa de extranjería establece una clara diferencia entre los inmigrantes regulares y los que no lo son, en cuanto a la concesión de derechos y obligaciones comparables a los de los nacionales. Ambos textos son criterios interpretativos, aunque no vinculantes, sí plausibles²⁷. Sin embargo, la necesidad de alcanzar el objetivo final de la legislación de extranjería implica acudir también a una interpretación sistemática de su articulado, que, al fin y al cabo, constituye el conjunto de preceptos vinculantes para los órganos jurisdiccionales.

De tales preceptos se deduce que la entrada de personas de manera ilegal en territorio español no impide la regularización de la situación administrativa de las mismas, con el consiguiente acceso a los derechos de seguridad social en idénticas condiciones que los nacionales españoles. En este sentido, son especialmente relevantes los artículos 57.5.d) LOEx y el artículo 45 de su Reglamento. Por otro lado, una clara voluntad de equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros, se encuentra en el artículo 3 LOEx y en el propio artículo 36.3 del mismo texto legal.

El artículo 57.5.d) LOEx, mencionado en la sentencia, no regulariza la situación del extranjero, pero sí impide su expulsión cuando es beneficiario de determinadas prestaciones, entre ellas, la de desempleo y las reconocidas por el artículo 14.3 LOEx (que otorga el acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en las mismas condiciones que los españoles). Se puede afirmar, en consecuencia, que la posibilidad de “regularización encubierta a través de la prestación por desempleo” a la que alude el TS no es tal, sino que está establecida por la Ley. A mayor abundamiento, esta posibilidad se otorga también, como se ha dicho, a las personas beneficiarias de los derechos que garantiza el artículo 14.3 LOEx, que el Alto Tribunal reconoce a los inmigrantes irregulares en su argumentación, y que producen el mismo efecto (imposibilidad de expulsión), sin que se pueda calificar esta cobertura de seguridad social como de regularización “encubierta y en espiral”, sino legalmente impuesta.

²⁷ Al igual que la Recomendación 151 O.I.T.

El artículo 45 del Reglamento de la Ley de extranjería regula la residencia legal por circunstancias excepcionales, esto es, el arraigo laboral y social, las situaciones de refugio y asilo y la residencia por razones humanitarias o por colaboración con las autoridades. Los dos supuestos de arraigo conllevan la autorización para trabajar, exigiéndose, en el primero, la acreditación de dos años de permanencia en territorio español y uno de trabajo —obviamente, sin autorización— y, en el segundo, la permanencia en España durante tres años. Ello implica que el Reglamento de extranjería reconoce la permanencia y el trabajo sin autorización administrativa de extranjeros irregulares como causa de regularización.

Por todo ello, se puede afirmar que la finalidad de la LOEx y su Reglamento, atendiendo a una interpretación sistemática de sus preceptos, se orienta, por un lado, a favorecer la inmigración legal, equiparando los derechos de seguridad social de los extranjeros residentes a los de los nacionales y, por otro, a regularizar la situación de los inmigrantes ilegales, teniendo en cuenta la propia situación de irregularidad como causa de concesión del permiso de residencia, reduciéndose la duración de la permanencia exigida para el caso de inmigrantes que hayan trabajado en España, sin autorización para ello, durante un año.

Por otro lado, los criterios interpretativos del TS se oponen a los impuestos por el artículo 3 LOEx que señala, en consonancia con el artículo 13.1 CE (también alegado por el recurrente y sobre el que el TS vuelve a rechazar un pronunciamiento expreso), que los extranjeros gozarán en España de los derechos del Título I de la CE²⁸, entre los que se encuentra el artículo 41 de la misma. Y ello, “en los términos establecidos en los Tratados, en esta Ley y en otras que regulen su ejercicio”. Y, como criterio interpretativo general, el artículo 3 LOEx impone que se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que se les reconoce en esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. Éste es el criterio hermenéutico con el que, por imperativo legal, se debe interpretar el artículo 36.3 LOEx, que no establece diferencia alguna entre españoles y extranjeros en cuanto a las prestaciones derivadas del contrato de trabajo, ni tampoco en lo referente a las responsabilidades correspondientes al empresario en orden a las prestaciones.

²⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “El nuevo paradigma...” cit., pág. 2. Una utilización exhaustiva de los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3 Cc. se encuentra en la STSJ de Castilla y León de 14 marzo de 2006, cit.

5. La alusión al régimen sancionador de la LOEx

Uno de los fundamentos de derecho utilizados por el TS para negar el derecho a la prestación por desempleo de un trabajador extranjero en situación irregular es el relativo a la sanción de expulsión del territorio español (artículo 57.1 LOEx) prevista para, entre otros, el supuesto de trabajo por cuenta ajena de los inmigrantes sin permiso de residencia.

Atendiendo al principio de tipicidad de las faltas y sanciones (artículo 25 CE), esta regulación no es óbice para la obtención de las prestaciones que se puedan derivar del contrato de trabajo, ya que no se pueden establecer judicialmente sanciones que no aparecen expresamente reguladas en norma alguna.

Sí está tipificada, en cambio, la responsabilidad empresarial: a) en materia de prestaciones (artículos 126 y 127 LGSS); b) en orden a la contratación (artículos 54 y 55 LOEx; 37.1 Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social); c) en cuanto a la falta de afiliación, alta y cotización (artículo 22.2 y 3 LISOS); y d) en el ámbito penal (artículo 311 Código Penal). Con este conjunto normativo es sorprendente que el TS no considere responsable al empresario de su actuación ilegal. En este sentido, conviene destacar que:

1. Todos los delitos, infracciones y sanciones a los que se refieren los preceptos citados despliegan su eficacia con independencia de que el empresario forme parte de redes organizadas de tráfico de inmigrantes. Para este último supuesto, se regula un delito diferente en el artículo 312 CP. Por otro lado, el artículo 59 LOEx, que menciona la sentencia, se refiere a los beneficios concedidos a las víctimas de este tráfico (las personas inmigrantes), y nada tiene que ver con la responsabilidad empresarial.
2. La determinación de la responsabilidad del empresario mediante el recurso al Derecho común²⁹ resulta incoherente, dado que en la legislación específica de seguridad social, de infracciones y sanciones en el orden social, de extranjería e, incluso, penal, están profusamente reguladas, como se ha señalado *supra*, las diferentes accio-

²⁹ Ver STS 12 de noviembre 2008, cit., que reitera los argumentos de la sentencia comentada casi en su totalidad.

nes y omisiones que conllevan dicha responsabilidad. En contra de lo que deduce el TS, en el último párrafo del fundamento jurídico quinto de la sentencia comentada, la sanción económica incluida en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, no deroga las responsabilidades del empresario en orden a las prestaciones impuestas por la LGSS.

3. La LOEx insiste en que la obligación de solicitar la correspondiente autorización administrativa para trabajar corresponde al empresario (artículos 36 y 55 LOEx). De un análisis pormenorizado de la normativa en materia de permisos de residencia y trabajo se deduce la falta de posibilidad de acceder a éstos por parte del trabajador extranjero, siendo el empresario el único que tiene en sus manos la capacidad y obligación de solicitar tales permisos (salvo para los casos de residencia por causas excepcionales).

6. Aspectos jurídicos problemáticos generados por la sentencia

Finalmente, cabe señalar que, frente a la coherencia con el sistema jurídico de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que reconocían el derecho a la prestación por desempleo de los trabajadores en situación irregular, la sentencia comentada deja abiertas varias contradicciones en nuestro Derecho. A saber: a) la existencia de un contrato de trabajo válido que no genera los efectos intrínsecos al mismo; b) la irresponsabilidad en orden a las prestaciones de los empresarios, frente a los artículos 126 y 127 LGSS; y c) la “derogación judicial” de algunos artículos de la LISOS (22.2, 43 y 37.1), de la LGSS (126, 127 y 220), de la LOEx (54 y 55) y del CP (artículo 311). Esta conclusión deriva del hecho de que la sentencia comentada establece la multa señalada en el artículo 48 de la Ley 62/2003 como la única sanción que se puede imponer al empresario que no solicita la autorización administrativa correspondiente para el inmigrante que tiene a su servicio y, respecto al trabajador perjudicado, en su caso, la indemnización por daños y perjuicios establecida en el artículo 1101 Cc.

IV. Conclusión

A pesar de que los argumentos jurídicos más coherentes con nuestro ordenamiento son favorables al reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo a los inmigrantes irregulares, con los pronunciamientos del TS

en casación para la unificación de doctrina de 18 de marzo de 2008 y de 12 de noviembre del mismo año, no cabe afirmar que exista actualmente aquel derecho, dada la vinculación de los Tribunales inferiores a la jurisprudencia de TS dictada en casación para la unificación de doctrina. Ello supone un retroceso en los derechos de los trabajadores respecto a la ampliación de aquéllos iniciada por la jurisprudencia de algunos Tribunales Superiores de Justicia en base al artículo 36.3 LOEx y conlleva, además, la anulación de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones y el principio de automaticidad de las mismas. En el ámbito social, corresponderá a los sindicatos, en la defensa de los intereses que le son propios (artículo 7 CE), luchar por la mejora de los derechos de todas las personas trabajadoras.